PROGRAMM

ZU DER

VON DER JURISTENFACULTÄT ZU LEIPZIG

VERANSTALTETEN FEIER

DES

HUNDERTJÄHRIGEN GEBURTSTAGS

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY'S

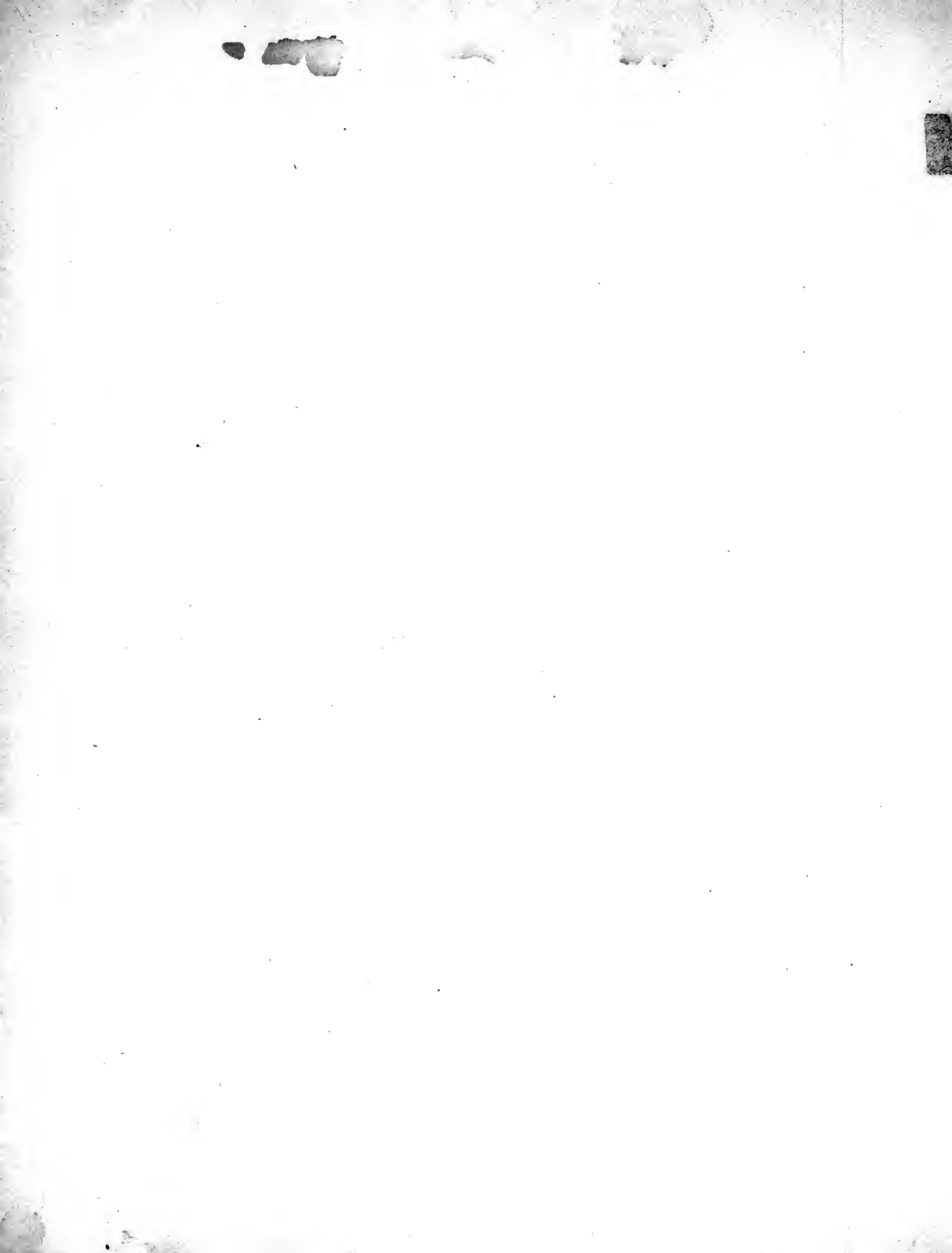
VERFASST

VON

DR. KARL ADOLF SCHMIDT.

DAS HAUSKIND IN MANCIPIO.

LEIPZIG 1879,
DRUCK UND VERLAG VON ALEXANDER EDELMANN,
UNIV.-BUCHHÄNDLER UND UNIV.-BUCHDRUCKER.



DAS HAUSKIND IN MANCIPIO.

EINE RECHTSGESCHICHTLICHE ABHANDLUNG

VON

DR. KARL ADOLF SCHMIDT,

KÖNIGL. PREUSS. GEHEIMEM JUSTIZRATH UND ORDENTLICHEM PROFESSOR DES RÖMISCHEN RECHTS
AN DER UNIVERSITÄT LEIPZIG.

Das Hauskind in mancipio.*

Gaius theilt bekanntlich die Gesammtheit des von ihm zu behandelnden Rechts in *ius quod ad personas, quod ad res, quod ad actiones pertinet.*[1] Die oberste Eintheilung des ersten Gliedes, also des *ius ad personas pertinens,* findet er darin, dass alle Menschen entweder Freie sind oder Sklaven.[2] Die zweite Stelle gibt er der Unterscheidung von *personae sui iuris* und *alieno iuri subiectae.*[3] Die letzteren stehn bei ihm dem Aus-

---

*) Seit die Auffindung des echten Gaius die Möglichkeit genauerer Erforschung des hier fraglichen Gegenstandes gebracht hatte, befasste sich zunächst Zimmern (1826) mit demselben im ersten Band der Rechtsgeschichte § 226, freilich ohne über das Aeussere der Sache wesentlich hinauszugehn. Den ersten Versuch tieferen Eindringens machte in demselben Jahre Böcking in seiner Schrift *de mancipii causis,* welchen jedoch der Verfasser selber in späterer Zeit ausdrücklich verwarf (Pandekten, 2. Aufl., 1853, I, S. 167), in § 48 desselben Werkes das Rechtsinstitut in seiner energischen Weise neu darstellend. Von den Zeitgenossen hat namentlich Ihering (Geist des römischen Rechts, 3. Aufl. 1873, II, S. 182 ff.) unserer Frage seine Aufmerksamkeit in originellerWeise gewidmet und ist, von einer bestimmten Anschauung aus, zu einem klaren Bilde gelangt. Da ich geglaubt habe, von einer anderen Grundlage ausgehen zu müssen, so sind auch die Resultate mehrfach abweichende; was der vollen Anerkennung anderweitiger Anschauungen natürlich keinen Eintrag thut. Endlich hat auch Pernice (Labeo I (1873), S. 183 ff.) hierher gehörige beachtenswerthe Ausführungen gegeben.

1) Gaius I, 8.

2) Gaius I, 9: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

3) Gaius I, 48: *Sequitur de iure personarum alia divisio, nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt.*

drucke nach in einer dreifach verschiedenen Gewalt: *in potestate, in manu, in mancipio,*[4] der Sache nach in einer vierfachen, weil die *potestas* wiederum sich theilt in die *patria* und in die *potestas dominorum.*[5]

So weit Gaius. Seiner Gliederung liegt meines Erachtens ein wesentlicher Fehler zu Grunde. Da nämlich die Sklaven nicht Personen sind sondern Sachen,[6] so gehören sie nicht in das *ius quod ad personas,* sondern in das *ius quod ad res pertinet* und es gestaltet sich ihre Stellung im Recht folgendermassen. Nach römischem Recht zerfallen die beweglichen Sachen in vernunftlose und vernünftige. Alle Sachen, auch die vernünftigen, sind Gegenstand für dingliches Recht, insbesondere für das Eigenthum. Diejenige Gestaltung, welche das Eigenthum an vernünftigen Sachen annimmt, ist die *potestas domini.* Diese letztere ist also, anders als Gaius will, nichts begrifflich Besonderes, dem Personenrecht Angehöriges, sondern einfach durch den Gegenstand bedingter besonderer Eigenthumsinhalt. Von den Gewalten über Personen aber gibt es nicht vier, sondern lediglich drei: erstens die *patria potestas* mit selbstständigem Gehalt, zweitens die *manus* mit einem der *patria potestas,* endlich das *in mancipio habere* mit einem der Gewalt über den Sklaven, also dem Eigenthum, nachgebildeten Inhalte.

Die ursprüngliche Begründungsform dieses *in mancipio esse* ist die *mancipatio* durch den Inhaber der *patria potestas.*[7] Da die *manus* dem Muster der *patria potestas* folgt, so ist das Recht der *mancipatio* auch auf Denjenigen übertragen worden, welcher die Frau *in manu* hat, sei es *matrimonii causa* oder *fiduciae causa.*[8]

---

4) Gaius I, 49: *Rursus earum personarum quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

5) Gaius I, 52, 55.

6) Sie sind *res mancipi:* Ulpianus XIX, 1. Daraus ergibt sich die Möglichkeit der *servi sine domino* von selber. Diese hat Gaius I, 50, ganz vergessen; denn nach dem, was er hier auseinandersetzt, wären sie *homines sui iuris.*

7) Gaius I, 117: *Omnes igitur liberorum personae, sive masculini sive feminini sexus, quae in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt.*

8) Gaius I, 118. Cfr. I, 114, 115, 115a.

Die *mancipatio* des Hauskindes, auf welche wir uns beschränken, findet sich in der Hauptsache in dreifacher Anwendung.

Die Grundlage des ganzen Instituts bildet die ernsthaft gemeinte, einfache *mancipatio,* d. h. der förmliche Verkauf des Kindes durch den Vater um das zugewogene Erz. Was wir davon wissen, ist im Wesentlichen Folgendes.

Dionys[9] zählt das väterliche Verkaufsrecht zu den Einrichtungen des ersten Königs, was meines Dafürhaltens nichts anderes bedeutet, als dass es altes lateinisches Recht war, welches die Gründer Roms aus ihrer Heimat in die neue Stadt mit herüberbrachten. Nach der Darstellung jenes Schriftstellers handelt es sich dabei um Veräusserung des Preises wegen. Fragt man nach dem Subjekt des Käufers, so folgt aus der Form der *mancipatio,* dass kaufen konnte, wer an dem *commercium iuris civilis* Antheil hatte, also nicht blos der *civis Romanus* sondern auch der *Latinus.*[10] Zugleich ergibt sich aus der Natur des zu erwerbenden Rechts, dass auch Frauen als Käuferinnen auftreten können; können sie doch auch Sklaven haben. Eine solche väterliche Macht des Verkaufens in die *causa mancipii* mag uns Spätgeborenen als eine schwerbegreifliche Härte erscheinen (urtheilte doch schon Dionys darüber in ähnlicher Weise): aber in einem Rechte, welches dem Vater das *ius vitae et necis* und die Befugniss des Verkaufs in die Sklaverei einräumt,[11] liegt in dieser Form der Veräusserung

---

9) Dionys. II, 27. Er spricht wie von einem, zu seiner Zeit noch gültigen Rechte.

10) *a.* Livius (XLI, 8) erzählt uns, dass in der zweiten Hälfte des sechsten Jahrhunderts der Stadt Lateiner ihre Kinder römischen Bürgern in das *mancipium* zu geben pflegten, damit sie von diesen freigelassen *cives romani* würden [— *liberos suos quibusquibus Romanis in eam condicionem, ut manumitterentur, mancipio dabant, libertinique cives essent*]. *b.* Das *aes Salpensanum* zeigt im zweiundzwanzigsten Kapitel. dass das *in mancipio esse* auch zum Recht der Lateiner gehörte [Rubrica: *Ut qui civitatem Romanam consequantur, maneant in eorundem mancipio manu potestate.* Vergleiche Mommsen, p. 401]. — Daraus ergibt sich, dass das *in mancipio esse* nicht blos römisches, sondern auch lateinisches Recht war. Ferner lässt sich aus der Gemeinschaftlichkeit des *commercium* schliessen, dass nicht blos die Lateiner berechtigt waren, ihre Kinder den Römern in das *mancipium* zu geben, sondern auch umgekehrt.

11) Mit Recht weisen Danz (Geschichte des röm. Rechts, 2. Aufl. 1871, I S. 177) und Pernice (Labeo I, S. 168) darauf hin, dass es in der alten Zeit auch einen Verkauf des Kindes in die Fremde gibt. Entscheidend dafür ist *Cicero pro*

1*

ein Akt verhältnissmässiger Milde.[12] In der Kaiserzeit freilich begegnen wir in Folge der veränderten Sitten einer wesentlich anderen Auffassung.

---

oratore I, 40: — *quia memoria sic esset proditum, quem pater suus aut populus vendidisset aut pater patratus dedisset, ei nullum esse postliminium.* Das ist der Verkauf in die Sklaverei und ohne die Hülfe des *postliminium,* welches als das Vorrecht des Kriegsgefangenen aufgefasst wird. [Weniger einleuchtend erweist sich *pro Caecina* 34. Hier wird zunächst davon ausgegangen, dass der Sohn die Civität durch den Verkauf des Vaters in rechtsgültiger Weise verlieren könne (lediglich die Civität wird genannt, weil es sich darum handelt, ob der Client Cicero's diese verloren habe): *Quid? Quem pater patratus dedidit aut suus pater populusve vendidit, quo is iure amittit civitatem?* Zur Begründung dieser drei Fälle — es sind dieselben wie in der ersten Stelle — bemerkt der Redner, im ersten erfolge der Verlust, *ut religione populus solvatur;* der dritte wird rednerisch dahin erklärt: *populus non adimit ei libertatem, sed iudicat non esse eum liberum;* von dem uns interessirenden zweiten endlich heisst es: *Si pater vendidit eum, quem in suam potestatem susceperat, ex potestate dimittit.* Die letzte Erklärung ist offenbar unzutreffend; denn wenn lediglich die Entlassung aus der väterlichen Gewalt beabsichtigt wird, bedarf es des Verlustes der Freiheit nicht. An eine Verwechselung mit dem *in mancipio esse* ist schwerlich zu denken; vielmehr scheint mir der ganze Schluss der Rede vom 33. Kapitel an nicht in ganzer Ordnung und Vollständigkeit erhalten]. Daran ist auch nichts zu verwundern; kann doch sogar der Gläubiger den Schuldner unter Umständen in die Fremde verkaufen. Jedenfalls gehört dieser Verkauf nicht hierher; denn er erfolgt nicht in der Form der *mancipatio* und erzeugt nicht das *in mancipio esse,* sondern, wie gesagt, wirkliche Sklaverei. Ueberdies ist er späterhin überhaupt beseitigt worden, denn Valentinian III bedroht den Verkauf an die *barbari* mit Strafe: Nov. Valent. III, tit. 33.

12) Ihering, Geist des römischen Rechts II, S. 184, stellt den interessanten neuen Satz auf, der Verkauf des Kindes um baares Geld habe nicht den Charakter einer definitiven Veräusserung, sondern der Sache nach den einer Vermiethung bis zum nächsten Lustrum gehabt; denn mit Eintritt des letzteren sei das verkaufte Kind ursprünglich von selber in die väterliche Gewalt zurückgefallen. Jene Auffassung wäre unzweifelhaft richtig, wenn der letzte Satz sich erweisen liesse; dass ich das in Abrede stellen müsse, davon später. — Pernice (a. a. O. S. 168) sagt in ähnlicher Weise, jedoch ohne die Ihering'sche Begründung, wie es scheint, sich anzueignen, der Ursprung des *in mancipio esse* liege nicht sowohl in einem einfachen Verkauf, sondern darin, dass der Vater den Sohn, den er nicht zu ernähren vermochte, an einen reichen Bürger als Tagelöhner verkaufte; er habe das gethan, weil es damals einen Miethvertrag noch nicht gegeben und es sei deshalb mit Aufkommen dieses Vertrags der eigentliche Verkauf des Kindes in den Hintergrund gedrängt worden. Aber ohne die Beschränkung Ihering's ist der Verkauf eine in ihrer Dauer von dem Willen des Käufers abhängige Unterwerfung, was mit dem Charakter der Miethe nicht füglich sich verträgt. Diese Bedeutung konnte man meines Erachtens dem Verkauf nur geben durch Hinzufügung des *pactum fiduciae;* also liegt sie nicht ursprünglich in der *mancipatio,* sondern wird erst auf künstlichem Wege hineingelegt.

Schon Gaius betrachtet offenbar den Verkauf um Geld als ein seltenes Vorkommniss.[13] Paulus geht davon aus, dass dieser Verkauf des Kindes nur in der höchsten Noth vorzukommen pflege.[14] Jedenfalls erkannte das kaiserliche Recht schon vor Diokletian in dem wirklichen Verkauf des Kindes durch den Vater einen prinzipiell ungültigen Akt.[15] Nur eine Ausnahme gestattete dieses neue Recht wahrscheinlich sofort und jedenfalls vor Konstantin: gültig nämlich ist der Verkauf des neugeborenen Kindes;[16] was im justinianischen Recht unter desselben Konstantin's Namen noch genauer auf den Verkauf des neugeborenen Kindes in höchster Noth (ähnlich wie bei Paulus) präcisirt,[17] also von dem Standpunkte des

13) Gaius gedenkt der *mancipatio* um Geld überhaupt nicht, sondern bemerkt lediglich: *ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines; sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa mancipantur* (I, 141).

14) Paulus V, 1, 1: *Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur.* —

15) C. 1 *de patribus qui filios distraxerunt (Diocletianus et Maximinianus): Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est.* (C. 2 Th. 2 *de liberali causa.* C. 10 J. C. *de patria potestate.*) Das ist selbst für den Fall der persönlichen Noth anerkannt von Konstantin in C. 2 Th. C. *de alimentis* und von Valentinian, Theodos und Arcadius in C. 1 Th. C. *de patribus qui filios,* welche Letztere selbst das Recht auf Rückforderung des bezahlten Kaufpreises nicht gelten lassen. Sogar als in einer grossen italienischen Hungersnoth Verkäufe freier Menschen vorgekommen waren, erkannte Valentinian III (Nov. 33) das Princip an, nur die Modifikation hinzufügend, dass in diesem Fall der Preis, und sogar mit einem Zuschlag, zurückgegeben werden soll.

16) C. 1 Th. C. *de his qui sanguinolentos emtos vel nutriendos acceperint (Constantinus Italis suis): Secundum statuta priorum principum si quis a sanguine quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit, obtinendi eius servitii habeat potestatem: ita ut, si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat vel servum defendat, eiusmodi alium praestet aut pretium, quod potest valere, exsolvat* —

17) C. 2 J. C. *de patribus qui filios distraxerunt* von Konstantin hat dieselbe *subscriptio* wie C. 1 der vorigen Anmerkung und einen analogen Inhalt, weshalb man gewöhnlich C. 1 als die Quelle von jener C. 2 ansieht. Andererseits hat, während C. 1 an die Italiener gerichtet ist, C. 2 die *inscriptio: Constantinus A. provincialibus suis* und eine verschiedene Fassung: daher ist wahrscheinlich, dass Konstantin an demselben Tage zwei hierher gehörige Constitutionen erliess, die eine für Italien, die andere für die Provinzen. Bei Justinian lautet die letztere: *Si quis propter nimiam pauper-*

Interesses des Kindes selber aus behandelt wird. Durch diesen Verkauf entsteht im Sinne des späteren Rechts, welches sich auf die Unterscheidung von *mancipium* und *in mancipio esse* nicht mehr einlässt, offenbar wahre Sklaverei,[18] jedoch mit der Begünstigung des Auslösungsrechts.[19]

So viel von dem ersten und Musterfalle der *mancipatio* des Hauskindes. Den zweiten Fall bildet die *mancipatio ex noxali causa.* Derselbe gehört einer zweiten Stufe der Entwickelung an; denn es ist zwar die Uebertragung an den Andern ernsthaft gemeint, aber ein Kauf liegt nicht vor, sondern eine unentgeltliche Uebertragung *nummo uno.* Noch Gaius betrachtet diesen Fall als vollkommen praktisch,[20] uns zugleich mittheilend, dass zur Befriedigung des Verletzten definitive Ablösung des Sohnes vom Vater gefordert werde.[21] Ebenso fassen Papinian[22] und Ulpian[23] die Sache als praktisch auf. Dagegen erklären die Institutionen

---

tatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc solummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem. Liceat autem ipsi qui vendidit vel qui alienatus est aut cuilibet alii ad ingenuitatem propriam eum repetere, modo si aut pretium offerat quod potest valere aut mancipium pro hoc eiusmodi [Mommsen] *praestet.*

18) Sowohl C. 1 in Anm. 16 wie C. 2 in Anm. 17 bezeichnen das verkaufte Kind als *servitium;* ein Wort, welches in der früheren, wie in der späteren Zeit den Sklaven bedeutet *(Cicero pro Flacco 38, pro Coelio 32, in Verrem II, 5, 4, C. 3 Th. C. ad Sc. Claudianum).*

19) Aus den angeführten Gesetzen ergibt sich, dass es zur Wiedererlangung der Freiheit der Freilassung nicht bedarf, vielmehr Ingenuität Folge der Auslösung ist. In dieser Rückbeziehung wird ein Rest von der Anschauung des *in mancipio esse* zu erkennen sein.

20) Gaius I, 141; IV, 75.

21) Gaius IV, 79: *Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege duodecim tabularum cautum sit* [*ne aliter filius de potestate patris*] *exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, et illas tres legis duodecim tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere.* Mithin waren beide Schulen über den Satz des Textes einig, ihre Meinung differirte nur über die zur Ausführung nöthige Form.

22) *Collatio mosaicarum et romanarum legum II, 3.*

23) Fr. 3 § 4 *de homine libero exhibendo.*

Justinian's,[24] dass die mildere Richtung der Zeit die *noxae datio* beseitigt habe.[25]

Endlich die dritte Form der Anwendung zeigt uns die *mancipatio* nicht mehr als vorgenommen zu dem Zweck der Uebertragung der Gewalt, sondern lediglich als Mittel für einen anderweitigen Zweck: sie erfolgt *dicis causa,*[26] eine *imaginaria servilis causa* hervorrufend,[27] sodass das *in mancipio esse* hier nur als ein der Form wegen nothwendiges Durchgangsmoment erscheint.[28]

a. So geben, wie schon oben zu erwähnen war,[29] in der Zeit vor der Ausdehnung der Civität Lateiner ihre Kinder römischen Bürgern *dicis causa* in das *mancipium,* damit sie von diesen freigelassen den Status ihres Freilassers erwerben.

---

24) § 7 J. *de noxalibus actionibus: Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit?* — —

25) Pernice, a. a. O. I, S. 171, hält dafür, die *mancipatio* sei in diesem Falle nicht die ursprüngliche Form gewesen; vielmehr wie bei dem völkerrechtlichen Verkehr die sakralrechtliche *deditio* an das fremde Volk stattgefunden *(Livius IX, 10; Cicero de officiis III, 30, pro Caecina 34),* so werde auch die privatrechtliche *deditio* eine sakralrechtliche gewesen sein. Für diese Auffassung fehlt, so viel ich sehe, nicht blos die Ueberlieferung, sondern auch das Bedürfniss. Sie scheint mir schon aus dem Grunde wenig wahrscheinlich, weil bei der Stabilität des Sakralrechts sich mindestens Spuren davon erhalten haben müssten. Endlich ist der Schluss von dem Völkerrecht auf das Privatrecht keineswegs ohne Weiteres zulässig; denn das ganze, dem Feind gegenüber geltende Völkerrecht war mit innerer Nothwendigkeit sakral (da der Feind rechtlos ist, so handelt es sich lediglich um Beobachtung der göttlichen Vorschriften, damit das Volk des göttlichen Schutzes sich versichere): hier aber war von Anfang an vollkommener Raum für eigentliches Privatrecht.

26) Gaius I, 141.

27) Fr. 3 § 1 *de capite minutis* (Paulus): *Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifeste accidit, cum emancipari nemo possit nisi in imaginariam servilem causam deductus.* Cfr. § 3 J. *quibus modis ius potestatis solvitur: — per imaginarias venditiones.*

28) Gaius cit.: *„uno momento“.*

29) Anmerkung 10.

b. So bedienten sich römische Väter der *mancipatio dicis causa,* um auf diesem Wege ihre väterliche Gewalt zu lösen. Das geschah einmal, um ihre Kinder zu *homines sui iuris* zu machen, und zwar gewöhnlich in der Art, dass sich der Vater den Akt der letzten Freilassung selbst vorbehielt (vorzugsweise *emancipatio*), zuweilen in der anderen, dass er auch diesen Akt dem Dritten überliess: *mancipatus, ut manumittatur.*[30] Das geschah ferner zu dem Zweck, die väterliche Gewalt einem Anderen zu überlassen: *in adoptionem datio.*[31] Ueberall hier war der Erwerber dieser Scheingewalt ein Vertrauensmann; dass er dem in ihn gesetzten Vertrauen entspreche, dazu verpflichtete er dem Vater seine Person durch das *pactum fiduciae.*[32]

Ueberblicken wir die Gesammtheit dieser Fälle,[33] so begegnen wir bei allen dem Absterben des Instituts. Denn die *mancipatio* der Ehefrau verschwindet von selber mit der *manus.* Das Hauskind anlangend, so hat der einzige Fall, in welchem der Verkauf desselben um Geld noch gestattet ist, weder die Form noch die Wirkung der *mancipatio;* die *noxae datio* ist, wie wir oben gesehen, beseitiget und selbst für die *mancipatio dicis causa* hat das justinianische Recht keinen Raum: war doch die Form der *mancipatio* überhaupt verschwunden.

So viel von dem Vorkommen des Instituts in seiner geschichtlichen Entwickelung. Betrachten wir nunmehr seinen Gehalt, wie er zur Zeit des lebendigen Bestehens beschaffen war, so liegt darin ausgesprochen, dass der römische Haussohn, welcher innerhalb der Grenzen des lateinischen

30) *a.* Gaius I, 118a, 132, epitome I, 6, 3, Ulpianus X, 1. *b.* Gaius I, 166, Ulpianus XI, 5. — In gleicher Weise dient die *mancipatio* zur Befreiung der *uxor in manu* von der Gewalt, entsprechend dem Gesichtspunkte, von welchem aus sie behandelt wird: Gaius I, 115, 115a, 118a, 137.

31) Gaius I, 134.

32) Gaius I, 114, 115, 115b, 140, 172.

33) Man könnte geneigt sein, den *indicatus* und den *nexus* den *in mancipio* Befindlichen analog zuzurechnen, aber unsere Literatur erklärt sich mit Recht dagegen. Entscheidend ist namentlich, wie Karlowa (der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen, S. 159) mit Recht hervorhebt, das *si volet suo vivito* der Zwölftafeln.

Rechts — denn diese zieht die Form der Mancipation — wie ein Sklave verkauft wird, zwar einerseits wie ein Sklave behandelt werden, aber andererseits seiner römischen Freiheit nicht verlustig gehen soll.[34] Das findet seinen sprachlichen Ausdruck in der technischen Bezeichnung, wonach das Kind nicht *mancipium* ist sondern *in mancipio,*[35] *in mancipatione,*[36] *in causa mancipii;*[37] und ebenso nicht *servus,* aber *servi loco,*[38] *tamquam servus,*[39] *in servili conditione.*[40] Die juristische Begründung des obigen Satzes aber liegt in der Thatsache, dass das durch *mancipatio* veräusserte Hauskind lediglich eine *minima capitis deminutio* erfährt.[41]

34) Anders bei dem Verkauf in die Fremde: Anmerkung 11.

35) Theils absolut gesagt *esse in mancipio:* Gaius I, 49, 116, 135; theils relativ bezogen *esse in mancipio alicuius:* I, 123, 125, 140. [Natürlich ist ein solcher auch einfach *mancipatus* (Gaius I, 123); aber das ist ein Ausdruck, aus dem sich für seine rechtliche Stellung nichts schliessen lässt.]

36) Gaius I, 135.

37) Gaius I, 132, 138, II, 160. Insbesondere diese Bezeichnung ist charakteristisch. Eine vollkommene sprachliche Analogie bietet die Caducität. Eigentliches *caducum (aperta voce caducum nuncupatur)* ist, was gültig errichtet erst nach dem Tode des Erblassers zusammenfällt; nur *in causa caduci* [d. i. *in conditione caduci esse, caducum non esse*] befindet sich, was gültig errichtet, zusammenfällt, bevor es erbrechtlichen Bestand hat, d. i. bei Lebzeiten des Testators: C. 1 § 2 *de caducis tollendis.* — Gerade so ist *in causa mancipii,* was dem *mancipium* analog behandelt wird, ohne *mancipium* zu sein.

38) Gaius I, 123, 138, III, 140.

39) Gaius II, 40.

40) Gaius I, 123, Fr. 1 § 23 *de capite minutis.*

41) Die hier entscheidende Stelle ist für die Frage des Textes zweifellos; Gaius I, 162: *Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit in his qui adoptantur, item in his quae coemptionem faciunt, et in his qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur.* Im Uebrigen hat sich durch Studemund's sichere Lesung dieser Stelle (auch das *aut* gegen den Schluss betrachtet Studemund nach seiner und Krüger's Ausgabe von 1877 als sicher) zugleich die Frage nach dem Wesen der *capitis deminutio* erledigt. Bekanntlich fordert eine grosse Auktorität, von der sprachlichen Bedeutung des Wortes *deminutio* ausgehend, für eine jede derselben eine Degradation. Aber schon das sprachliche Argument ist zweifelhafter Natur; denn der Gebrauch des Lebens vergisst rasch das Etymon: ein treffendes Beispiel statt vieler gibt das Wort *creditor,* welches auf Denjenigen, der *ex delicto* des Andern zu fordern hat, ganz unbedenklich

In dieser Gestaltung der Sache, wonach ein römischer Bürger frei und Bürger bleiben, dennoch aber von Rechtswegen wie eine Sache behandelt werden und wie ein Sklave in dem Eigenthum des Herrn stehen soll, liegt ein innerer Widerspruch. Wie diese beiden Gegensätze ursprünglich sich zu einander verhielten, ist deshalb schwierig im Einzelnen zu ermitteln, weil unsere einzige Quelle von Belang dem zweiten Jahrhundert der christlichen Zeitrechnung angehört. Jedenfalls aber wird Der-

---

angewendet wird, obgleich die Römer sich recht wohl bewusst waren, wie sehr das der Etymologie widerstrebe (Fr. 10 Fr. 11 Fr. 12 pr. *de verborum significatione*). [Das ist ein allgemeines Sprachgesetz; unsere Sprache verfährt mit dem Worte „Gläubiger" gerade so, und selbst solche unserer Juristen fügen sich diesem Sprachgebrauche, welche z. B. in der Erweiterung der Bedeutung des Wortes „Zahlung" glauben einen Fehler rügen zu müssen.] Dieser Fortentwickelung des Sprachgebrauchs entspricht es, wenn in der obigen Stelle die *minima capitis deminutio* definirt wird als jede Veränderung in der rechtlichen Stellung eines Bürgers, durch welche Freiheit und Civität nicht beeinträchtigt werden. Desgleichen beweisen die hinzugefügten Beispiele, dass die Degradation nicht etwa blos aus Versehen (denn dergleichen kommt bei den Definitionen der römischen Juristen bekanntlich oft genug vor) weggelassen sei; die *mancipatio* nämlich durch Denjenigen, der den Freien *in mancipio* hat, bringt keine Verschlechterung, die *manumissio ex mancipatione* aber bringt in jedem Falle eine ganz zweifellose Verbesserung des *status:* und doch sorgt Gaius durch seine Schlussworte dafür, dass über die Zugehörigkeit dieser Fälle zur *minima capitis deminutio* kein Zweifel bleibe. [Huschke freilich in seiner Ausgabe von 1878 hat geglaubt, sich dem klaren Texte doch nicht fügen zu dürfen; auch noch nach Studemund und obgleich anerkennend, dass der Codex am Schluss *aut* habe (denn er nimmt es als sicher in seinen Text), behält er doch die Bemerkung der früheren Ausgabe *Cave vero legas „aut"* bei (sich auf § 4 J. *de capitis deminutione* berufend, wo zu lesen ist, was Niemand leugnet, nämlich dass der Sklave der *capitis deminutio* unfähig sei), schreibt aber durch Reduplikation im Text selber ohne Weiteres *aut ut* und nöthigt sich durch diese ingeniöse Willkür ohne vorhandene Handschriftslücke zu einer zweiten Einschiebung, so dass er sich folgenden Text schafft: *ut quotiens quisque mancipetur (aut ut remancipetur) aut (ut) manumittatur, totiens capite deminuatur.* Das ist gewiss sehr scharfsinnig, aber meines Erachtens nicht gestattet.] — Wenn Pernice a. a. O. S. 173 behauptet, es habe ursprünglich nur *maxima* und *minima capitis deminutio* gegeben, keine *media,* so beruft er sich mit Unrecht auf Ulpian und Callistratus als Ueberlieferer der richtigen Tradition; denn Beide fassen in den bekannten Stellen unter dem Namen *magna* die *maxima* und die *media* zusammen. Dass er in dieser Zusammenfassung kein Hinderniss für die Unterscheidung von drei Graden *(species)* erkenne, zeigt namentlich Ulpian, Fragm. XI, 10. Auch bestand meines Erachtens ein sehr praktischer Fall der *media* von Anfang an; nämlich wenn ein *civis romanus* in die alte lateinische Heimat definitiv zurückkehrte.

jenige nicht irre gehen, welcher davon ausgeht, dass ursprünglich das Herrenrecht, später das Recht der Freiheit überwog und dass dieses letztere namentlich in dem Prätor eine lebendige Stütze gefunden habe. Endlich muss dem Institut sein allgemeiner Charakter von dem ursprünglichen Falle aufgeprägt worden sein, also von dem wirklichen Verkauf des Hauskindes; nicht dagegen von dem sekundären Falle der, die Natur der Bestrafung an sich tragenden *noxae datio.*

Was zunächst die Begründung des *in mancipio esse* angeht, so hat sich in ihr der altcivile Parallelismus mit dem Eigenthum am Sklaven zu allen Zeiten des Instituts erhalten. Es ist vollkommen dieselbe *mancipatio,* welche bei der Uebertragung des Eigenthums am Sklaven in Uebung war. Ausdrücklich wird uns bezeugt, dass der Erwerber des Kindes sich derselben Formel zu bedienen habe, wie der des Sklaven, und wird gerade daraus die Kardinalverschiedenheit von der *coemptio* abgeleitet.[42] Demnach legt der Erwerber vor den üblichen Zeugen und dem *libripens* sowie unter Anwendung von Wage und Erz die Hand an das gegenwärtige Hauskind, die uns für den Sklavenerwerb überlieferten Worte sprechend: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra.*[43] Hiermit ist meines Erachtens dem Institut die Signatur gegeben und der Weg gewiesen, auf dem es sich ursprünglich zu entwickeln hatte.

Wie die Begründungs- so ist auch die Lösungsform lediglich die der Sklaverei, d. i. die *manumissio*[44] in ihren drei Gestalten *vindicta, censu, testamento.*[45] Da uns eine besondere Beschreibung nicht überliefert wird,

42) Die Verschiedenheit des *in manu* und des *in mancipio esse* betonend fährt Gaius I, 123 fort: *sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et coemptionatoribus isdem verbis mancipio accipiantur, quibus servi; quod non similiter fit in coemptione.* In demselben Sinne wird schon vorher nach Auseinandersetzung der allgemeinen Form hinzugefügt I, 120: *Eo modo serviles et liberae personae mancipantur; animalia quoque quae mancipii sunt* — (Dass hier *liberae personae* nicht absolut gemeint sei, ergibt sich aus der vorigen Stelle).

43) Gaius I, 119 sq.

44) *Ex mancipatione manumitti:* Gaius I, 135, 137, II, 141, III, 6.

45) Die entscheidende Stelle ist Gaius I, 138: *Ii qui in causa mancipii sunt,*

so haben wir die für die Begründung feststehende Gleichheit mit der Sklaverei auch hier einfach anzuerkennen. Nur den sehr begreiflichen Umstand hebt Gaius besonders hervor,[46] dass die *aelia sentia* und die *fufia caninia* hier nicht anwendbar waren.[47]

Wenn so die Form der Freilassung dem Muster der Sklaverei folgt, so besteht doch für die Wirkung derselben eine vielbesprochene, einigermassen räthselhafte Abweichung. Während nämlich der Sklave durch die Freilassung nicht blos frei, sondern auch *homo sui iuris* wird, gilt hier der Satz, welchen die Zwölftafeln so ausdrücken *„si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto"*,[48] und welcher nach dem nicht anzuzweifelnden Zeugniss von Dionys lediglich Aufzeichnung des schon in der Königzeit geltenden Rechts ist.[49] Derselbe wird von der alten Jurisprudenz übereinstimmend dahin ausgelegt, erstens, dass der Sohn, wenn

---

quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt; es wird also auf das Muster der Sklaverei ausdrücklich hingewiesen. Besondere Erwähnungen der *manumissio vindicta:* I, 115, 132; der *mm. censu:* I, 140; der *mm. testamento:* I, 123, II, 160.

46) I, 139. — Beide Gesetze sind darauf berechnet, dass nicht allzuviel Gesindel das Bürgerrecht erlange; gehören mithin nicht hierher.

47) Die Frage lässt sich aufwerfen: welche Folge hat die von dem Herrn vorgenommene Dereliktion des *in mancipio* Befindlichen? Massgebend ist das Princip, wonach Rechte nur in derselben Form aufgegeben werden können, in welcher man sie erwirbt [Fr. 1 *pro derelicto*, Ulpianus: *Si res pro derelicta habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur*]. Daher geht zwar das Eigenthum am Sklaven verloren durch die naturale Dereliktion [Fr. 36 *de stipulatione servorum.* Der derelinquirte Sklave ist *res sine domino,* also Gegenstand für Okkupation zu Eigenthum. Diese Dereliktion ist lediglich die thatsächliche Aeusserung des negativen Willens, nicht mehr Eigenthümer zu sein; damit der Sklave frei werde, ist der aktive, gehörig ausgesprochene Wille des Herrn nothwendig, ihn in einen freien Mann zu verwandeln, d. i. die Freilassung], denn man erwirbt es auch in der naturalen Form der *occupatio.* Dagegen das Recht an dem Freien *in mancipio* verliert man deshalb nur durch feierliches Rechtsgeschäft, weil man es auch nur durch ein solches erwirbt.

48) So fasst Schöll den Satz. Allein zweifelhaft ist das Wort *„duuit."* Die einzige handschriftliche Ueberlieferung (Ulpianus X, 1) lautet *dauit;* daraus machte Cujaz *duuit,* Turnebus *dabit.* Gegen die letztere Form bemerkt Huschke, selbst *duuit* schreibend, meines Erachtens mit Recht: *non est huius loci.*

49) Dionys. II, 27.

nach dem ersten und nach dem zweiten Verkauf freigelassen, von selber in die väterliche Gewalt zurückfalle, erst durch den dritten Verkauf sich vom Vater definitiv ablösend;[50] zweitens, dass die Bestimmung auf den wörtlich allein genannten Sohn sich beschränke und deshalb bei Tochter und Enkel schon der erste Verkauf befreiend wirke.[51] Aber warum diese Unterscheidung und warum die anscheinend so viel ungünstigere Behandlung des Sohnes? Erinnert man sich der Bedeutung der alten *familia,* so erscheint ihre Erhaltung zunächst ein bedeutsames religiöses, sodann auch ein bürgerliches Interesse:[52] nun aber ist der eigentliche Fortsetzer der römischen Familie der Sohn.[53] Es ist daher vollkommen begreiflich, dass der Loslösung des letzteren vom Vaterhaus durch die Gesetzgebung thunlichst vorgebeugt wird, wie auch die Art, in welcher das geschieht, den Charakter des positiven Eingreifens nicht verleugnet.[54]

50) Gaius I, 132, 134. Ulpianus X, 1. — Anlangend die Zeit nach dem ersten und nach dem zweiten Verkauf, so steht in dieser der Sohn nicht in der väterlichen Gewalt, weil man nicht gleichzeitig zwei differenten Gewalten unterworfen sein kann. Daher beschreibt Gaius die Folge der ersten und der zweiten Freilassung in den Worten *„revertitur filius in potestatem patris“;* erst durch diese Rückkehr wird er wieder *suus heres,* derart, dass er mit dieser das väterliche Testament schlechthin rumpirt, also auch wenn in demselben eingesetzt, denn er war zur Zeit seiner Einsetzung *extraneus:* Gaius II, 141. Wenn daher derselbe Gaius von dem dritten Verkauf bemerkt *eaque mancipatione desinit in potestate patris esse,* so kann das nur die definitive Ablösung vom Vater bedeuten sollen, sodass nunmehr der Rückfall in die väterliche Gewalt schlechthin ausgeschlossen ist. [Diesen Umstand hat meines Erachtens Danz, a. a. O. S. 197 f., nicht berücksichtigt.]

51) Ulpianus X, 1. Gaius I, 134.

52) Allerdings steht auch das eigene Interesse des Sohnes in Frage, z. B. in Bezug auf das Erbrecht; aber in dieser Beziehung steht er den Andern lediglich gleich.

53) Die Tochter ist es niemals, der Enkel nur unter Umständen. — Der gleichen Zurücksetzung von Tochter und Enkel gegenüber dem Sohn begegnen wir im formellen Notherbrecht, welches sich nach dem Muster dieser Zwölftafelstelle gerichtet haben wird.

54) Einen anderen, sehr interessanten Erklärungsversuch finden wir bei Ihering (a. a. O. S. 184). Ausgehend von dem schon erwähnten Vordersatz, wonach der Verkauf des Kindes durch den Vater nur bis zum nächsten Census gewirkt haben soll, meint Ihering, die Väter hätten diese wohlmeinende Bestimmung vereiteln können durch stets wiederholten Verkauf: hier nun habe das Zwölftafelgesetz eingegriffen, das Verkaufsrecht auf dreimalige Ausübung beschränkend; die Interpretation aber habe den Satz ausschliesslich auf den Sohn bezogen und daher Tochter und Enkel als schon

Versuchen wir es nunmehr den Gehalt des fraglichen Rechts darzustellen, wie er sich nach Massgabe des *civile ius* zu gestalten hat, so sind wir bei der Armuth unserer Quellen vielfach auf die Analogie lediglich angewiesen: aber sie wird gewöhnlich zu einem einleuchtenden Resultate führen. Dabei ist von dem Muster der Sklaverei auszugehen.

Zuerst wie der Eigenthümer den Sklaven, wie der Vater den Sohn, so hat unzweifelhaft auch dieser Gewalthaber das Recht, den ihm Unterworfenen bei sich zu haben, also, wo nöthig, ihn dem Dritten durch Klage abzustreiten. Dass diese Klage eine *vindicatio* sein müsse, ist von vornherein zweifellos,[55] auch ohne besonderen Quellenanhalt.[56] Hätten wir nun sonst keine Notiz, so würden wir im Anschluss an die *vindicatio filii familias* zu der Formulirung geneigt sein müssen: *Aio hunc hominem in mancipio meo esse ex iure Quiritium.* Da jedoch die Mancipationsformel beim Hauskind, wie wir sahen, genau dieselbe ist wie bei der Mancipation des Sklaven, so sind wir darauf angewiesen, auch die Gleichheit der Vindicationsformel anzuerkennen, also wie in dem angegebenen Fall: *Aio hunc hominem meum esse ex iure Quiritium.*

Folgen wir der Analogie der Sklaverei, so ist der *in mancipio* Befindliche in dem Nachlasse seines Gewalthabers enthalten, geht also in das Recht des Erben über, sei dieser durch das Testament oder durch das Gesetz berufen, sei er Mann oder Weib. Dafür liegt überdies die indirekte Bestätigung in der *manumissio testamento,* sowie in der Bemerkung von

---

durch den ersten Verkauf vom Vater abgelöst betrachtet. Diese Auffassung, welche mit der Ueberlieferung von Dionys kaum zusammenstimmt, wird unhaltbar erscheinen, wenn der Vordersatz sich nicht bewährt. Wenn sie ferner für den Sohn richtig, so würde es für Tochter und Enkel meines Erachtens bei dem Rechte haben bleiben müssen, wie es vor dem Zwölftafelgesetze beschaffen war, also mussten sie nach dieser Auffassung als Mancipirte stets mit dem nächsten Lustrum in die väterliche Gewalt zurückfallen.

55) Dafür spricht sich auch Karlowa, römischer Civilprocess zur Zeit der Legisactionen S. 89, 90, aus, wenn auch in etwas zweifelnder Form.

56) Wer die Zulässigkeit der *vindicatio* anerkennt, dem wird auch die Möglichkeit der *in iure cessio* zweifellos erscheinen. Damit ist freilich nicht gesagt, dass sie im römischen Rechtsleben thatsächlich vorgekommen sei; das ist sogar nicht einmal wahrscheinlich: Gaius II, 25.

Gaius, dass der *in mancipio* Befindliche, was ihm der Herr letztwillig zuwendet, sei es Erbschaft oder Legat, gerade wie der Sklave nur erwerbe, wenn ihm im Testament zugleich die Freiheit zugewendet wird.[57] Wenn dem so ist, so wird der Herr auch nicht behindert sein, über ihn durch Legat zu verfügen; kann doch sogar der Patron das Recht an seinem Freigelassenen durch *legatum vindicationis* einem Dritten zuwenden.[58] Diese Analogie des Eigenthums am Sklaven führt weiter auch dazu, dass dem Gewalthaber die Befugniss zustehe, sein Recht unter Lebendigen auf Dritte durch *mancipatio* zu übertragen.[59] Endlich wird dieselbe Analogie uns die Zustimmung zu dem Satz, dass der Mancipirte in der Regel (d. h. mit Ausnahme der *noxae datio* und der *dicis causa* erfolgten Mancipation) mit dem nächsten Lustrum von selber gewaltfrei werde, so lange nicht

57) I, 123: — *mancipati mancipataere servorum loco constituuntur, adeo quidem, ut ab eo cuius in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicut iuris est in persona servorum.*

58) Diesen gewöhnlich wenig beachteten Satz beweist Gaius I, 195 — *nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, Deliberent, inquit, decuriones, an ad se velint pertinere, perinde ac si uni legatus esset.* Dazu citirt schon Göschen vollkommen passend Plinius ep. X, 105: *Valerius, domine, Paullinus excepto uno ius Latinorum suorum mihi reliquit.* Aus der Stelle von Gaius folgt zugleich der weitere bedeutsame Satz, dass man sein Recht am Freigelassenen durch *vindicatio* geltend zu machen befugt war.

59) Ihering, a. a. O. S. 186, sieht einen wesentlichen Differenzpunkt zwischen Sklaverei und dem *in mancipio esse* darin, dass dem Gewalthaber des letzteren die Befugniss der freien Veräusserung abgegangen sei, er vielmehr das Kind nur dem Vater selber habe zurückmancipiren können. Allerdings gedenken die Quellen meines Wissens lediglich dieser Rückmancipation; aber der Schluss *a silentio*, dahin gehend, dass sie deshalb an Dritte unmöglich sei, ist bei der Dürftigkeit dieser Quellen sicher nicht zulässig. Auch das wird man kaum sagen können, dass diese *mancipatio* ausgehe von dem persönlichen Vertrauen zum Erwerber; denn der ursprüngliche Fall ist der Verkauf um baares Geld. Entscheiden muss meines Erachtens das von der Jurisprudenz fast überall betonte Muster der Sklaverei, sowie die Erwägung, dass dieses Recht des Verkaufs sogar der *uxor in manu* gegenüber Gültigkeit hat. Für Diejenigen endlich, welche die *noxalis actio* gegen den Gewalthaber zulassen, ist die Frage von selbst entschieden. [Für Ausschluss der *mancipatio* an Dritte gab es meines Erachtens nur die allerdings nicht ausreichende Hülfe des *pactum fiduciae*.] Vergl. gegen Ihering auch Schlesinger in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte VI. S. 121 ff.

gestatten, bis der volle Beweis desselben erbracht ist, was meines Dafürhaltens bis jetzt nicht gelang.[60]

Wenden wir uns nun zu der rechtlichen Stellung, welche das *civile ius* dem *in mancipio* Befindlichen anweist, so ist davon auszugehen, dass er, weil nur *minima capitis deminutio* erleidend, *civis Romanus*[61] und *ingenuus*[62] bleibt, wie bisher, und deshalb auch von seinem Gewalthaber nicht besessen wird.[63]

Eine nothwendige und nachweisliche Folge davon, dass er die Civität behält, besteht in dem Fortbestand des *connubium;* was dazu führt, dass er in echter römischer Ehe leben kann.[64] Was die Kinder aus einer solchen Ehe anlangt, so würde man an und für sich zu der Annahme

---

60) Ihering, a. a. O. S. 184, beruft sich zur Begründung dieser bedeutsamen Behauptung (aus welcher, wie schon bemerkt, folgt, dass die mancipirte Tochter und der mancipirte Enkel mit dem nächsten Census nothwendigerweise *homines sui iuris* werden) einfach auf Gaius I, 140; hier scheint demnach Ihering die entscheidenden Worte *censu libertatem consequi possunt* von einer mit dem nächsten Census *ipso iure* eintretenden Freiheit zu verstehen. Dabei ist schon bedenklich, dass nur von der Möglichkeit, nicht von Nothwendigkeit (es heisst nicht *consequuntur,* sondern *consequi possunt*), ferner dass nicht vom nächsten Census, sondern vom Census überhaupt die Rede ist. Entscheidend scheint mir, dass wir darauf angewiesen sind, den Sinn der fraglichen Worte dem Zusammenhange der Gaianischen Rede zu entnehmen, welcher sich folgendermassen gestaltet. In § 138 beginnt der Verfasser von der Beendigung des fraglichen Rechts zu reden, sich so aussprechend: *Ii qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt.* Hierauf folgt in § 139 die Bemerkung, dass die *Aelia Sentia* und die *Fufia Caninia* nicht hierher gehören. Daran schliessen sich die hier fraglichen Worte: *Quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt* etc. Ich bin nun der Meinung, dass der Zusammenhang uns nöthige, den Ausdruck des § 140 *„censu libertatem consequi possunt“* ganz in dem gleichen Sinne zu verstehen, wie das *„censu sui iuris fiunt“* des § 138, also als die Befreiung durch einen besonderen magistratischen Akt. Hätte an dieser zweiten Stelle Gaius etwas wesentlich Anderes und insbesondere den überraschenden Ihering'schen Satz im Sinne gehabt: gewiss, er würde nicht ermangelt haben, das deutlich hervorzuheben.

61) Gaius I, 162.

62) Paulus V, 1, 1.

63) Gaius II, 90.

64) Gaius I, 135. Der Herr kann natürlich sein Zusammenleben mit der Frau verhindern. Zur Gültigkeit der Ehe selber aber hat es der Zustimmung desselben schwerlich bedurft.

geneigt sein, dass, wie die des Haussohnes in die väterliche Gewalt des Grossvaters, so die des *in mancipio* Stehenden in das *mancipium* seines Herrn eintreten. Aber dem ist anders; so stark nämlich erscheint der Zusammenhang des Sohnes mit dem väterlichen Haus, dass, so lange sein Rückfall in dasselbe rechtlich möglich ist — also nach dem ersten und dem zweiten Verkauf —, die von ihm erzeugten Kinder in die väterliche Gewalt des Grossvaters eintreten, und dass erst wenn der Sohn vom Vaterhaus definitiv gelöst ist durch die dritte *mancipatio*, für die Jurisprudenz der Zweifel beginnt, ob das nunmehr erzeugte Kind in dasselbe *mancipium* falle, worin sein Vater steht (so Labeo) oder ob es, wie die spätere Jurisprudenz entschied, diesem Gewalthaber sich ganz entziehe.[65]

Wie das *connubium* so hat der Freie *in mancipio* als *civis Romanus* nothwendigerweise das *commercium*, und zwar nicht etwa wie der Sklave lediglich aus der Person seines Herrn,[66] sondern gleich dem Haussohn aus eigener Person. Was den Erwerb auf Grund dieses *commercium* anlangt, so gilt wie für alle *alieno iuri subiecti* so auch für ihn der Satz *nihil suum habere potest*[67] mit der positiven Konsequenz, dass was er erwirbt

---

65) Die in der vorigen Anmerkung angezogene Stelle lautet: *Qui ex filio semel iterumve mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in avi potestate est, et ideo ab eo et emancipari et in adoptionem dari potest. at is qui ex eo filio conceptus est qui in tertia mancipatione est, non nascitur in avi potestate: sed eum Labeo quidem existimat in eiusdem mancipio esse, cuius et pater sit: utimur autem hoc iure, ut quamdiu pater eius in mancipio sit, pendeat ius eius; et siquidem pater eius ex mancipatione manumissus erit, cadat in eius potestatem; si vero is dum in mancipio sit, decesserit, sui iuris fiat.* — *a.* Entscheidend ist, wie überhaupt in der römischen *familia*, die Zeit der Conception. — *b.* Für das nach der dritten *mancipatio* concipirte Kind vertritt offenbar Labeo die consequente Meinung; die andere verdankt der späteren, dem ganzen Institut widerstrebenden Zeitrichtung ihren Ursprung. — *c.* Wenn ein Enkel *in mancipio* Kinder erzeugt, so ist die rechtliche Lage der letztern stets dieselbe, wie die vom Sohn nach der dritten Mancipation erzeugten. — *d.* Gesetzt, der Freie *in mancipio* geht eine Ehe mit *in manum conventio* ein, so wird diese Frau ihrem Mann so wenig in das *mancipium* folgen, wie das Kind: als Haustochter aus der väterlichen Gewalt ausscheidend *pendet ius eius.*

66) p. J. *de stipulationibus servorum;* Theopilus ad h. l.; Ulpianus XXII, 9; Fr. 11 § 2 *de legatis* I.

67) Gaius II, 96.

unmittelbar, d. h. ohne durch seine Person hindurch zu gehen, in das Vermögen des Gewalthabers gelangt.[68] Dabei ist für die rechtliche Behandlung charakteristisch, dass wo das für den Haussohn gültige Recht von dem des Sklaven differirt, die Jurisprudenz den *in mancipio* ganz unbedenklich nach der Analogie des Sklaven behandelt, nicht nach der des Haussohnes.[69]

Für Sklaven und Haussöhne hat sich auf dem Boden dieses *civile ius* das *peculium* zweifellos entwickelt. Ob auch der Freie *in mancipio* eines solchen fähig gewesen sei, darüber herrscht bei dem Schweigen der Quellen[70] Meinungsverschiedenheit.[71] Nun erscheint das *peculium* nicht etwa als ein Produkt der Legislation, sondern hat sich einfach aus dem Herrenrechte auf dem Wege der Thatsache entwickelt.[72] Es ist daher

---

68) *a.* Allgemeine Regel: Gaius II, 86, Ulpianus XIX, 18; *b.* Eigenthum: Gaius II, 86, 90, Ulpianus XIX, 18 *(mancipatio, traditio)*; *c.* Forderungen: Gaius III, 163; Ulpianus XIX, 18 *(stipulatio)*; *d. legatum:* Ulpianus XIX, 19; *e.* Weil der Erwerb der *hereditas* kein reiner Erwerb ist, deshalb erfolgt er nur auf Befehl des Gewalthabers: Ulpianus XIX, 19; *f.* Ueber den Erwerb des Besitzes zweifelte die Jurisprudenz. Da der Gewalthaber den Freien *in mancipio* nicht besitzt, so schien diesem Erwerb die faktische Natur des Besitzes entgegen zu stehen; da man jedoch diesen Zweifelsgrund bei dem Hauskind nicht geltend machte (II, 89), so wird man ihn hier sicher ebenfalls haben fallen lassen; *g.* Dem Erwerb durch *in iure cessio* widersprach bei allen *alieno iuri subiecti* die Form des Geschäfts: II, 96.

69) In dieser Beziehung entscheidend ist Gaius III, 114. Wenn ein Sklave eine *adstipulatio* vornimmt, so erwirbt er seinem Herrn nicht, daher in diesem Falle Ungültigkeit der *stipulatio (nihil agit*: offenbar, weil der Sklave *civiliter* keine eigene Erwerbsfähigkeit hat, nur die seines Herrn), wenn der Haussohn dasselbe thut, so erwirbt er zwar dem Vater ebenfalls nicht, aber *aliquid agit* (er bekommt unter Umständen nachträglich die Klage selber). Wenn endlich der Freie *in mancipio* adstipulirt, so fragte es sich, nach welchem Muster er zu beurtheilen sei. Darüber belehrt uns Gaius, indem er nach Darstellung des für den Sklaven gültigen Rechts hinzufügt: *idem de eo qui in mancipio est, magis placuit; nam et is servi loco est.* Also trotzdem, dass ihm eigene Erwerbsfähigkeit zusteht, gleich dem Haussohn, so wird er doch auch hier nach dem Muster des Sklaven behandelt.

70) Für Diejenigen, welche den Beweis der *tributoria actio* wider den *in mancipio habens* durch eine Stelle des *corpus iuris* für erbracht halten, liegt darin indirekt der Beweis des Daseins des *peculium.*

71) Ueber die verschiedenen Meinungen Mandry, Familiengüterrecht II, S. 39.

72) Auch das *legatum peculium* bewegt sich auf dem thatsächlichen Boden, etwa wie das *instrumentum legatum* und Aehnliches. Erst der Prätor knüpfte an den Be-

nicht abzusehen, weshalb der Gewalthaber die Befugniss des faktischen Ueberlassens hier weniger gehabt haben sollte, als in jenen unzweifelhaften Fällen; zugleich bestand das praktische Bedürfniss hier ganz ebenso.[73]

Die Schulden anlangend, so werden Sklave und Haussohn aus Delikten *civiliter* obligirt; aber nur der Haussohn kann aus ihnen belangt werden, nicht der Sklave, weil gegen ihn jede Klage unmöglich; dagegen ist es in beiden Fällen gestattet, die Deliktsklagen als *noxales* zu erheben wider den Herrn (nur aus diesem Grunde ist der Sklave *civiliter* obligirt). Was die Schulden *ex contractu* angeht, so haftet aus ihnen der Gewalthaber *civiliter* niemals; für die Selbsthaftung der Kontrahenten ist zu scheiden: der Haussohn haftet auch hier *civiliter,* weil er als *civis* verklagt werden kann; der Sklave dagegen haftet nicht *civiliter* (nur *naturaliter*), eben weil es hier keine Klage wider den Herrn gibt.[74]

Fragen wir nun, wie es mit den Schulden des Freien *in mancipio* stehe, so werden wir bei dem Mangel direkt entscheidender Quellenzeugnisse davon auszugehen haben, dass, wer von dem *civile ius* für den Erwerb nach dem Muster der Sklaverei beurtheilt werde, auch für die Verpflichtungen nach dem gleichen Masse zu messen sei. — Dass in der That das Delikt auch an seiner Person hafte, liegt schon in dem Satze

griff des *peculium* rechtliche Folgen durch Aufstellung der *actio de peculio* und veranlasste dadurch die Jurisprudenz, den Begriff des *peculium* in der Art festzustellen, wie es für diese Klage angemessen erschien.

73) Für die *uxor in manu* besteht bekanntlich derselbe Zweifel. Ich bin mit Ihering, Geist des römischen Rechts II, S. 187, der Meinung, dass Plautus, Casina II, 2, 26, 27, für die Existenz des *peculium* in diesem Falle entscheide. Denn wenn die Freundin zur Cleostrata sagt: *nam peculii probam nihil habere addecet clam virum,* so geht sie stillschweigend von der Möglichkeit des *peculium* an sich aus.

74) a) Der Sklave wird zwar *ex delicto civiliter* obligirt, nicht aber *ex contractu:* Fr. 14 Fr. 43 *de obligationibus et actionibus;* wider ihn ist jede *actio* unmöglich: Fr. 107 *de regulis iuris.* b) Der Haussohn wird aus Kontrakt und aus Delikt *civiliter* obligirt und kann daraus verklagt werden: Fr. 39 *de obligationibus et actionibus,* Fr. 57 *de iudiciis.* Diese civile Verpflichtungsfähigkeit des Haussohnes folgt daraus, dass er *civis;* sie ist daher als einfache Konsequenz auch ursprünglich. Den versuchten Beweis für ihr späteres Entstehen halte ich für misslungen; insbesondere kann er nicht durch Bezugnahme auf prätorisches Dazwischentreten geführt werden; es handelt sich um civile Verbindlichkeit. Vergl. darüber auch Pernice a. a. O. S. 103.

ausgedrückt *„noxa caput sequitur“;* denn derselbe bedeutet: das Verbrechen mit seinen rechtlichen Folgen haftet an dem Menschen als solchen, sei er ein freier unabhängiger Mann[75] oder ein fremder Gewalt Unterworfener: und bleibt daher auch von dem civilen Vorkommnisse der *capitis deminutio* unberührt. Insbesondere bringt der *in adoptionem datus* sein vorher begangenes, noch nicht gesühntes Delikt zu dem *pater adoptans* mit; und doch ist er bei der Gelegenheit der *adoptio* durch die *causa mancipii* hindurch gegangen: es ist mithin das Delikt bei diesem Durchgang auch nicht erloschen.[76]

Wenn die Analogie des Sklaven auch für die Kontraktsschulden gilt, so wird der Freie *in mancipio* durch solche *civiliter* gar nicht (*naturaliter* vollständig) obligirt. Dass nun in der That das *civile ius* auch hier sich consequent blieb (also nicht, wie bei dem *filius familias, civilis obligatio* annahm), dafür bringt die Behandlung dieser Schulden durch den Prätor den mittelbaren, aber vollständigen Beweis.

Die Anwendung der s. g. *adiectitiae qualitatis actiones* würde, auch

---

75) Man denkt bei dem Satz gewöhnlich nur an die *homines alieni iuris:* sehr mit Unrecht; wenn ein *homo sui iuris* sich in Arrogation begibt, so nimmt er auf Grund dieses Satzes sein Delikt mit in die *patria potestas* hinüber: Gaius IV, 77, Fr. 2 § 3 Fr. 7 § 1 *de capite minutis.*

76) Schlesinger, Zeitschrift für Rechtsgeschichte VIII, S. 50, glaubt ein direktes Zeugniss für die Zulässigkeit der Noxalklagen in unserem Fall gefunden zu haben in Fr. 9 § 1 *quod falso tutore,* weil Ulpian von den hier in Frage stehenden Klagen sagt: *adversus eas personas quae alieno iuri subiectae sunt, noxales sunt.* Allein auch abgesehen davon, dass, was das Gesetzbuch Justinian's bietet, nur mit grosser Vorsicht auf im justinianischen Recht beseitigte Institute bezogen werden darf, sagt die Stelle, selbst wenn man sie als echt ulpianische auffasst, nicht mit Nothwendigkeit, was Schlesinger in ihr findet. Sie erklärt nämlich mit Sicherheit nur, dass die fraglichen Klagen als noxale bei denjenigen in fremdem Rechte Stehenden zuzulassen sind, wo überhaupt das Princip der Noxalklagen anerkannt wird. Mit andern Worten: nicht die Frage soll beantwortet werden, in Bezug auf welche Personen Noxalklagen überhaupt zulässig seien, sondern die andere, ob die fraglichen Klagen zu der Zahl der noxalen gehören. — Ebensowenig gibt uns Gaius eine entscheidende Aufklärung; denn IV, 80 ist da nicht mehr lesbar, wo er von den Delikten der *uxor in manu* und des Freien *in mancipio* zu handeln hatte. Dass er hier die Noxalklagen für zulässig erklärte, lässt sich jedoch mit Wahrscheinlichkeit aus dem folgern, was das Manuskript da gibt, wo es wieder lesbar wird.

wenn sie feststünde, für die obige Frage nicht entschieden, weil sie ebenso gut bei den *civiles obligationes* des Hauskindes bestehen als bei den *naturales* des Sklaven. An und für sich wird man geneigt sein, für die Anwendbarkeit jener Klagen zu vermuthen, und in der That sprechen sich gewichtige Stimmen dafür aus: ich glaube jedoch, dass der nöthige Beweis nicht vollständig erbracht sei. Wenn nämlich das Edikt den Fall der *actio de peculio* so bezeichnet *„Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit“,*[77] so sind wir durch nichts berechtigt, das Wort *potestas* in anderem Sinne zu verstehen, als in seinem gewöhnlichen technischen, und der Fortgang der betreffenden Stelle erklärt das ausdrücklich.[78] Mehr Schein hat allerdings die Ansicht Böcking's,[79] wonach die Anwendbarkeit der *actio tributoria* quellenmässig bezeugt sein soll; allein bei genauerer Betrachtung scheint mir auch diese Annahme zweifelhaft.[80] Aber wie dem auch sei, jedenfalls hat sich das Edikt bei dieser Haftung des Gewalthabers nicht beruhigt, wie aus einer vielbesprochenen, nicht vollständig lesbaren Stelle des Gaius hervorzugehen scheint. In IV, 69 nämlich beginnt der Jurist von denjenigen Klagen zu handeln, welche aus

---

77) Fr. 1 § 2 *de peculio.*

78) Fr. 1 § 5 eod. tit.: *Potestatis verbum communiter accipiendum est tam in filio quam in servo.*

79) Böcking, Pandekten I, S. 169.

80) In Fr. 1 § 4 *de tributoria* sagt Ulpian: *Potestatis verbum ad omnem sexum, item ad omnes qui sunt alieno iuri subiecti, porrigendum est.* Daraus ergibt sich, dass das Wort *potestas* im Edikt stand. Hatte es nun hier seine gewöhnliche, den *servus* und den *filius familias* umfassende Bedeutung, so ist allerdings gerechtfertigt, dass in § 4 die Erstreckung auf *manus* und *mancipium* befürwortet werde. Aber die Sache lag meines Erachtens etwas anders. Das Edikt nämlich sprach lediglich von der *potestas domini in servo;* dafür zeugt zunächst die Einleitung des Titels von Ulpian [Fr. 1 pr.: *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet — —, tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor in tributum vocatur*], womit sodann der Umstand völlig übereinstimmt, dass die das Edikt erläuternden Juristen überall principiell des Sklaven und nur ganz gelegentlich des *filius familias* gedenken. In diesem Zusammenhange sagt nun § 4, das Edikt sei vom *servus* auf die *serva* und von dem Sklaven auf die *alieno iuri subiecti* überhaupt ausgedehnt worden, soweit es solche im justinianischen Rechte gibt, d. h. auf die Hauskinder. Vergl. auch Schlesinger a. a. O. S. 58.

den Schulden des Einen zulässig sind gegen den Andern. Er macht den Anfang mit den Verpflichtungen der Hauskinder und Sklaven, zuerst (§ 69—74) von ihren Vertrags- und danach (§ 75—79) von ihren Deliktsschulden handelnd. Von diesen Personen wendet sich Gaius in § 80 zu den Schulden der *in manu* und der *in mancipio* befindlichen Personen, und zwar derjenigen Schulden, welche sie machen, während sie in dieser Lage der Abhängigkeit sich befinden.[81] Die gleiche Reihenfolge einhaltend, wie vorher, spricht er zuerst von den Kontraktsschulden und wendet sich dann in einer nicht mehr lesbaren Lücke den Deliktsschulden zu.[82] Das nun, was er in der angegebenen Beziehung mittheilt, ist Folgendes:

a. der Prätor gibt die Klagen wider den *in mancipio* Befindlichen selber;

b. er gibt sie *rescissa capitis deminutione;*

c. wenn der Gewalthaber den Process für den Beklagten nicht *in solidum* übernommen hat, so erfolgt die prätorische Exekution durch *missio in bona* desjenigen Vermögenstheils des Gewalthabers, welchen der *in mancipio* Befindliche als Gewaltfreier im eigenen Vermögen haben würde.

Der zweite dieser drei Sätze, welcher auch durch eine Stelle der Pandekten seine Bestätigung findet,[83] beweist die civile Aufrechterhaltung des

81) Dass es sich nicht um diejenigen Schulden handle, welche eingegangen wurden vor Eintritt in *manus* und *mancipium,* dafür scheint mir nicht nur der Umstand massgebend, dass hier dieselbe Frage zu erörtern war, welche unmittelbar vorher für die *in potestate* Befindlichen behandelt wurde, sondern auch der andere, dass jene Frage schon vorher in der Hauptsache abgehandelt war: III, 84.

82) *Haec ita de his personis, quae in potestate [sunt], sive ex contractu sive ex maleficio earum — — quod vero ad eas personas quae in manu mancipiove sunt, ita ius dicitur, ut cum ex contractu earum agatur, nisi ab eo cuius iuri subiectae sint, in solidum defendantur, bona quae earum futura forent, si eius iuri subiectae non essent, veneant: sed cum rescissa capitis deminutione imperio continenti iudicio agitur —.* Ueber die entscheidenden Worte *cum ex contractu earum agatur* ist freilich grosse Meinungsverschiedenheit (vergl. darüber Mandry, Familiengüterrecht II, S. 347), indem man theils *aut ex contractu aut ex maleficio earum,* theils sogar nur *ex maleficio earum* hat lesen wollen: allein die Herausgeber nach der neuesten, Epoche machenden Vergleichung lesen mit Recht übereinstimmend lediglich *ex contractu.*

83) Die Hinweisung auf dieses Zeugniss verdanken wir dem Scharfblick Savigny's, System II, 83. In Fr. 2 § 2 *de capite minutis* sagt Ulpian: *Hi qui capite*

Parallelismus mit der Sklaverei: der Grund für die Rescission der *capitis deminutio* liegt darin, dass der *in mancipio* Befindliche, gleich dem Sklaven, durch Kontrakt *civiliter* nicht obligirt wird. In jenen prätorischen Sätzen aber ist vollkommener innerer Zusammenhang: die prätorische Beseitigung der *capitis deminutio* gilt nicht blos für die Klage, sondern auch für die Exekution. Welchen Sinn hat diese Behandlung der Kontraktsschulden des Freien *in mancipio*? Der Prätor begnügt sich in diesem Falle (und setzen wir hinzu, auch bei der *uxor in manu*) nicht mit der eingeschränkten Haftung des Herrn für den Sklaven oder des Vaters für den Haussohn, wie die sogenannten *actiones adiectitiae qualitatis* sie gewähren: der Gläubiger soll in dieselbe Lage versetzt werden, wie wenn er mit einem selbstständigen Manne kontrahirt hätte. Mit anderen Worten: er beseitigt die civile Wirkung des *in mancipio esse* ganz und gar.[84]

---

minuuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter: ceterum si postea, imputare quis sibi debebit cur contraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinct. sed interdum si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio; et quidem si adrogatus, nullus labor: nam perinde obligabitur ut filius familias. Die in Bezug genommene Ediktsstelle lautet *„Qui quaere, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit iudicium dabo".* Von dieser Stelle erklärt Ulpian, sie beziehe sich nur auf den Fall, wo der vollgültig obligirte Schuldner *civiliter* frei wurde durch nachträgliche *capitis deminutio;* hier verdient der Gläubiger schlechthin Hülfe, denn er verliert sein Recht jedenfalls ohne seine Schuld. Wer dagegen deshalb keine Klage hat, weil er nach vorgenommener *capitis deminutio* mit dem Deminuirten kontrahirte, der hat, wenn seine Forderung der Klage entbehrt, es sich selber zuzuschreiben: das Edikt verspricht ihm keine Hülfe. Nur bisweilen gibt ihm der Prätor die Klage doch; freilich wenn er mit einem Arrogirten kontrahirt hat, braucht er die prätorische Hülfe nicht, denn dieser Schuldner haftet *civiliter.* So weit Ulpian. Derselbe kann als den Bedürfnissfall weder den *in adoptionem datus,* noch die *uxor in manu* gemeint haben; denn beide obligiren sich *civiliter:* was allein übrig bleibt, ist, wie Savigny mit vollem Rechte annimmt, der *in mancipium* Hingegebene. Ihn wird Ulpian speciell genannt haben; die Kompilatoren. anstatt den Satz zu streichen, setzten an Stelle des nicht mehr passenden Falles *interdum,* gerade wie sie in § 1 J. *de perpetuis „aliquando"* schrieben [anders deutet allerdings Savigny dieses *interdum*].

84) Uebrigens verträgt sich mit dieser Behandlung das Bestehen der *actiones adiectitiae qualitatis;* ja sie erscheinen theilweise daneben ein Bedürfniss, z. B. *quod iussu.* Es wäre daher immerhin möglich, dass jene von der *tributoria* handelnde Stelle ihr Vorkommen doch bewiese.

So viel von der vermögensrechtlichen Stellung des Freien *in mancipio*. Fragen wir nun weiter nach seiner persönlichen Lage dem Gewalthaber gegenüber, so ist auch hier principiell davon auszugehen, dass er *servi loco* sei,[85] also der Willkür des Herrn unterworfen: aber andererseits treten uns hier die allereinschneidendsten Modifikationen entgegen.

Da der Unterworfene *civis Romanus* ist, so sind bei Verletzung seiner Person durch den Gewalthaber diejenigen Strafgesetze anwendbar, welche überhaupt die Person des Bürgers zu schützen bestimmt sind.

Weil dieser Bürger durch den Eintritt in die *mancipii causa* lediglich *minima capitis deminutio* erlitten hat, deshalb muss das allgemeine Princip massgebend sein, wonach diese Art der *capitis deminutio* lediglich in die privatrechtliche Sphäre des Einzelnen eingreift, nicht in die öffentlich rechtliche:[86] er muss mithin sein öffentliches Recht vollständig behalten. Allerdings hat sogar Savigny[87] geglaubt, den Satz der Quellen hier verleugnen zu müssen. Wenn man jedoch bedenkt, dass der ursprüngliche Fall, von welchem aus das Institut zu beurtheilen ist, in dem einfachen Verkauf um Geld beruht, also in nichts, wodurch die Ehre des Verkauften leidet: so erscheint diese Bestimmung vollkommen angemessen, sowie sie auch mit Demjenigen harmonirt, was weiter unten zu entwickeln sein wird.

---

85) Er ist offenbar keiner *gens* angehörig. Denn aus der väterlichen ist er geschieden (auch nicht in der untergeordneten Form eines Freigelassenen gehört er derselben an), ohne in die des Gewalthabers einzutreten. Er wird daher einen Gentilnamen nicht haben.

86) Fr. 5 § 2 *de capitis minutione* (Paulus): *Nunc respiciendum, quae capitis deminutione pereant: et primo de ea capitis deminutione, quae salva civitate accidit, per quam publica iura non interverti constat: nam manere magistratum vel senatorem vel iudicem certum est.* Fr. 6 (Ulpianus): *Nam et cetera officia quae publica sunt, in eo non finiuntur: capitis enim minutio privata hominis et familiae eius iura, non civitatis amittit.*

87) Savigny, System II, S. 51, will diese Stellen mit der Bemerkung beseitigen, dass zur Zeit ihrer Abfassung das *in mancipio esse* fast nur symbolisch und nur vorübergehend vorgekommen und daher die Suspension unmerklich gewesen sei. Aber abgesehen davon, dass es noch ganz ernsthaft gemeint zur Erscheinung kam, handelt es sich hier um ein Princip. Der Privatmann kann nur über Privatrechte willkürlich disponiren, niemals über öffentliches Recht. Vergleiche auch Pernice I, p. 168 ff.

Wenn so dem Freien *in mancipio* die politischen Rechte nicht entzogen werden, so gehört sein Name in den Census der römischen Bürger: und das um so mehr, als nicht anzunehmen ist, dass der Vater das Recht gehabt habe, in das *publicum ius* derart einzugreifen, dass er seinen Sohn dem Kriegsdienst durch Verkauf entzog. Daher wird, wie der Vater seinen Haussohn,[88] so der *in mancipio habens* jenen im Census namentlich anzugeben verpflichtet gewesen sein.

Ueberhaupt liegt der Gedanke nahe, dass der Censor von dem Standpunkte des ihm obliegenden *regimen morum* aus die Behandlung der *in mancipio* Befindlichen seiner besonderen Aufsicht unterworfen habe. Einen bedeutsamen Hinweis hierauf finde ich in der von Gaius, freilich nicht mit der wünschenswerthen Deutlichkeit, gemachten Mittheilung, dass jene zuweilen wider den Willen des Gewalthabers die Freiheit *censu* erlangen können.[89] Die zulässigen Fälle selber nennt Gaius leider nicht, sondern gibt nur solche an, in welchen diese Art des Freiwerdens ausgeschlossen ist.[90] Auch darüber spricht er sich nicht direkt aus, wer den Antrag zu

---

88) Dionys. IV, 15, V, 75 (*καὶ παίδων ὀνόματα*), Livius XLIII, 14.

89) Bei Gaius I, 140 lautet der handschriftliche überlieferte Text: *Quin etiam invito quoque eo cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit. Ac ne is quidem dicitur invito eo cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater mancipio dedit, veluti quod furti eius nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit: nam hunc actor pro pecunia habet.* Das Schleppende des letzten Satzes wollen Krüger und Studemund dadurch beseitigen, dass sie nach dem Vorschlage Mommsen's die Worte *mancipio dedit* und nachher *et eum* als eingeschobene betrachten. Da ich nicht sehe, wie man sich zu diesen Interpolationen versucht fühlen konnte, gleichzeitig aber das Vorhandensein einer Textesverfälschung anerkenne, so erscheint es mir wahrscheinlicher, dass hier das ganze überflüssige Beispiel „*veluti quod furti eius nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit*“ ein Glossem sei.

90) Nach Gaius versagt der Censor sein Eingreifen *a.* wenn sich der Vater durch *pactum fiduciae* die *remancipatio* vorbehielt; *b.* wenn die *mancipatio* als *noxae datio* vorgenommen wurde. — Welche Fälle der censorischen Hülfe bleiben übrig? *a.* Zuerst die Frau, welche *fiduciae causa coemptionem fecit,* wie sie den *coemptionator* zur *remancipatio* zwingen kann, ebenso kann sie offenbar die *manumissio censu* Demjenigen gegenüber fordern, in dessen *mancipium* sie gelangte: Gaius I, 115, 115a, 118a. 137, 137a. *b.* Sodann gehört hierher der *mancipatus, ut manumittatur.* *c.* Wenn Gaius

stellen habe.[91] Endlich gibt er keine Aufklärung darüber, weshalb gerade die *manumissio censu* zu dieser einseitigen Befreiung zu wählen war. Ich denke, die Antwort auf diese letzte Frage werde dahin zu lauten haben, dass kraft seines Amtes der Censor da aus eigener Machtvollkommenheit eingriff, wo das längere widerwillige Behalten im Mancipium *contra bonos mores* verstiess.

Als der Censor im Rechtsleben zurücktrat, ging diese Freilassung wider den Willen des Herrn naturgemäss in die Hände des Prätors über.[92] Seiner ganzen Richtung nach musste das prätorische Recht überhaupt von vornherein geneigt sein, bei dem Freien *in mancipio* nicht das *loco servi esse* sondern die Freiheit herauszukehren. Inwiefern sich das bei der Behandlung äussere, welche der Prätor den Schulden desselben angedeihen lässt, war schon oben zu entwickeln.[93] Eine anderweitige Manifestation derselben Richtung ist darin zu erkennen, dass das prätorische Recht dem von seinem Gewalthaber *cum libertate* zum Erben eingesetzten und infolge dessen *necessarius heres* gewordenen *Mancipatus* die *potestas abstinendi* gerade so gewährt wie dem *suus et necessarius heres,* ihn also in dieser Beziehung nicht nach der Analogie des Sklaven, sondern nach der des Haussohns behandelt.[94] Endlich gehört meines Erachtens hierher der be-

---

den *noxae datus* ausnimmt, so widerspsicht ihm scheinbar Papinian (Anmerkung 92), welcher einen Zwang zur Freilassung auch hier anerkennt. Aber schwerlich besteht hier ein wirklicher Widerspruch; denn während Papinian ausdrücklich die Zeit nennt, nachdem die Schuld abverdient ist, wird Gaius die Zeit vorher im Sinne haben. *d.* Ob dasselbe Princip auch auf den des Preises wegen Verkauften angewendet wurde, wird sich nicht entscheiden lassen.

91) Die natürlichste Veranlassung liegt in dem Antrage des Unterworfenen selber. Aber das Amt der Censur gibt seinem Inhaber offenbar darüber hinausgehende Befugniss.

92) Während Gaius von der *manumissio censu* spricht wie von einem noch praktischen Institut, sagt Ulpian (I, 8): *Censu olim manumittebantur* etc. Daraus erklärt es sich, wenn Papinian (Collatio II, 3) folgenden Ausspruch thut: *Per hominem liberum noxae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore, qui noxae deditum accepit: sed fiduciae iudicio non tenetur.*

93) Vergleiche S. 21, 22.

94) Bekanntlich gibt der Prätor die *abstinendi potestas* dem *suus et necessarius heres,* während er sie dem *necessarius* schlechthin versagt (Ulpianus XXII, 24). Nach-

deutsame Satz, wovon uns lediglich Gaius (I, 141) Mittheilung macht, seine Auseinandersetzung über den Freien *in mancipio* beschliessend:

> *In summa admonendi sumus adversus eos quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin iniuriarum tenebimur.*

Das hier Gesagte geht freilich über die Andeutung nicht wesentlich hinaus, sodass es zu recht vielen Zweifeln Anlass gibt.

Stellen wir uns zuerst auf den Standpunkt des *civile ius* der alten Zeit, so ist das Bestehen einer *obligatio* zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenem unmöglich:[95] es erscheint daher die obige Darstellung als eine für dieses *civile ius* unglaubliche Ausnahme. Aber auch wer über dieses formelle Bedenken sich hinwegsetzt, kommt zu keinem brauchbaren Resultat; denn die auf Grund der Zwölftafeln regelmässig entstehende Geldforderung würde durch diesen Gläubiger dem Schuldner selber erworben. Demnach kann diese *actio iniuriarum* auf civilem Boden überhaupt nicht erwachsen sein. Offenbar ist es vielmehr der Prätor, welcher, das *civile ius* verlassend und dem *naturale ius* sich anschliessend, dem Mancipirten Recht und Klage gibt wider seinen Gewalthaber. Diese Klage wider den Gebieter wird ihr, dem ersten Blick Anstössiges wesentlich verlieren, wenn man sich erinnert, dass seit der beginnenden Kaiserzeit selbst der Sklave unter Umständen klagend auftreten kann wider seinen Herrn.[96]

---

dem Gaius (II, 158, 159) auseinandergesetzt hat, dass jene Befugniss der *uxor in manu* ebenfalls zukomme *quia filiae loco est,* fährt er (§ 160) so fort: *quin etiam similiter abstinendi potestatem facit praetor etiam ei qui in causa mancipii est, si cum libertate heres institutus sit, quamvis necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam servus.*

95) Vergl. Gaius IV, 78.

96) Den frühesten Fall bildet die *fideicommissaria libertas.* — Offenbar weil er an der Klage des Unterworfenen Anstoss nahm, deshalb glaubt Böcking (a. a. O. S. 195), dass, so lange das Gewaltverhältniss besteht, die Klage Demjenigen zustehe, der jenen mancipirt hat, nach Aufhebung desselben aber dem Mancipirten selber. Dadurch bekämen wir einen ganz neuen Fall der Stellvertretung (denn es handelt sich nicht um mittelbare Injurie), welche im Fall der *coemptio fiduciae causa* dem *coemptionator dicis causa* zustehen würde, also einem blossen Figuranten. Nach dem Tode des ehemaligen Gewalthabers wäre überhaupt kein Klagberechtigter da, obgleich die Aus-

Dieselbe kann sich natürlich nicht in einer *formula* entwickeln, sondern erscheint, wie bei dem klagenden Sklaven, in der Gestalt der *extraordinaria cognitio.* Endlich kann es sich dabei nicht um die gewöhnliche prätorische s. g. ästimatorische, auf Geld gehende Klage handeln; denn dieser steht ganz das gleiche Bedenken entgegen wie der Klage aus den Zwölftafeln. Aber auch hieraus erwächst keine eigentliche Schwierigkeit, weil der Prätor bei solchen Injurien, wo die Geldstrafe nicht passt, überall diejenige Strafform wählt, welche den Umständen entspricht.[97]

Diese merkwürdige Injurienklage[98] gibt selbstständiges Recht der Persönlichkeit einem Gewaltunterworfenen seinem Gewalthaber gegenüber. Sie zeigt die Abneigung der Zeit gegen das ganze Institut; sie ist der Anfang vom Ende.

---

drucksweise von Gaius das stete Vorhandensein eines solchen voraussetzt. Mit Recht erklärt sich daher gegen Böcking: Kuntze, Cursus des römischen Rechts, 2. Aufl., S. 559.

97) Das Edikt selber hat bekanntlich keine bestimmten Geldstrafen; ja die erhaltenen hierher gehörigen Ediktsstellen weisen nicht einmal darauf hin, dass überhaupt in Geld zu strafen sei, sondern sagen entweder einfach *iudicium dabo* (Fr. 15 § 2, 34 *de iniuriis*) oder *animadvertam* (Fr. 15 § 25, 28 *eod. tit.*). Wie freie Hand des Strafens der Prätor sich dabei vorbehielt, das zeigt Fr. 35 (Ulpianus): *Si quis iniuriam atrocem fecerit, qui contemnere iniuriarum actionem possit ob infamiam suam et egestatem, praetor acriter exequi hanc rem debet et eos, qui iniuriam fecerunt, coercere;* wozu ein Schol. Bas. 60, 21, 34 bemerkt: *Τὰς ἐν σώματι τιμωρίας ὑφίσταται.*

98) Mit vollem Recht erkennt schon Ihering, S. 186, in dieser *iniuriarum actio* eines der wesentlichen Momente zur Charakterisirung des *in mancipio esse.*

